

La no impugnación de los pliegos que rigen la contratación pública no impide constatar la posible existencia de una vulneración del derecho de la competencia por parte de la adjudicataria

Ha lugar al recurso interpuesto por las UTEs recurrentes, y se revoca la sentencia que confirmó la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que inadmitió la impugnación deducida frente a la adjudicación de unos lotes de los servicios de transporte escolar en la Comunidad Autónoma de Valencia.

Declara la Sala que habiéndose planteado si la empresa adjudicataria era fraudulenta y su propia configuración y oferta suponían un pacto ilícito al derecho de la competencia, la no impugnación de los pliegos que rigen una contratación pública en los que se admite la concurrencia de UTEs no impiden constatar al órgano de contratación ni luego, en su caso, a los órganos jurisdiccionales, la existencia de una infracción del derecho de la competencia con fundamento en las características particulares de la composición y ofertas de una concreta UTE.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

Sentencia 1400/2024, de 23 de julio de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2205/2021

Ponente Excmo. Sr. EDUARDO ESPIN TEMPLADO

En Madrid, a 23 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2205/2021, interpuesto por Autocares Capaz, S.L. y la UTE Valtrans, representadas por la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón y bajo la dirección letrada de D. José María Baño León, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 26 de enero de 2021 en el recurso contencioso-administrativo número 303/2017. Son partes recurridas la Generalidad Valenciana, representada y defendida por la Sra. Abogada de la misma, y la UTE Valencia 16, representada por la procuradora D.ª Gemma García Miquel.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia de fecha 26 de enero de 2021, desestimatoria del recurso promovido por Autocares Capaz, S.L. y la UTE Valtrans contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2017 que inadmite el recurso especial en materia de contratación que habían interpuesto frente a la resolución del Conseller de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalidad Valenciana de 22 de marzo de 2017 por la que se adjudicaba el contrato del servicio

de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana (expte. de licitación CNMY16/CD00D/6).

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de 23 de marzo de 2021, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución se ha dictado auto de 22 de junio de 2022 por el que se admite el recurso de casación, precisando que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son:

(i) Si el hecho de no haber impugnado los Pliegos que rigen la contratación y que prevén la posibilidad de licitación en UTE, impide constatar al órgano de contratación y posteriormente al órgano jurisdiccional, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, con fundamento en las características concretas de la composición de la UTE y de la oferta u ofertas que presenta.

(ii) Si en el caso de que existan indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, el órgano de contratación está obligado en aplicación del artículo 57.4 y 57.6 de la Directiva 2014/24, a incoar un procedimiento contradictorio al efecto de excluir a un licitador, previa audiencia del mismo.

(iii) Si el artículo 6 del Reglamento 1/2003 exige que los Tribunales, en la revisión jurisdiccional de un acuerdo de adjudicación del contrato, y conforme los artículos 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 1 y 2 Ley de Defensa de la Competencia, excluyan a un licitador cuando aprecien que se han infringido estos artículos por las características de la oferta.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 145.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 57.4 y 6 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero de 2014, los artículos 69.2, 96.4, 132.1 y 3 y 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en relación con los artículos 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, que ha presentado un escrito en el que tras desarrollar sus argumentaciones suplica que previos los trámites procesales oportunos, se dicte en su día sentencia que estime el recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte otra por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en los términos solicitados en la demanda, todo ello con condena en costas a la parte recurrida.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a las partes recurridas.

La Abogada de la Generalitat ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación interpuesto.

La representación procesal de la UTE Valencia 16 no ha presentado escrito, por lo que se le ha tenido por precluido en cuanto a dicho trámite.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de 16 de abril de 2024 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 9 de julio del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Autocares Capaz, S.L. y la UTE Valtrans interponen recurso de casación contra la sentencia de 26 de enero de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en materia de contratación pública. La sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo ordinario interpuesto por las citadas mercantiles contra la resolución de 8 de junio de 2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmitió el recurso administrativo que dichas empresas habían interpuesto contra la adjudicación de los lotes V1 a V6 de los servicios de transporte escolar en la Comunidad Autónoma de Valencia.

El recurso de casación fue admitido por auto de esta Sala de 22 de junio de 2022 que declaró de interés casacional las siguientes cuestiones:

(i) Si el hecho de no haber impugnado los Pliegos que rigen la contratación y que prevén la posibilidad de licitación en UTE, impide constatar al órgano de contratación y posteriormente al órgano jurisdiccional, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, con fundamento en las características concretas de la composición de la UTE y de la oferta u ofertas que presenta.

(ii) Si en el caso de que existan indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, el órgano de contratación está obligado en aplicación del artículo 57.4 y 57.6 de la Directiva 2014/24, a incoar un procedimiento contradictorio al efecto de excluir a un licitador, previa audiencia del mismo.

(iii) Si el artículo 6 del Reglamento 1/2003 exige que los Tribunales, en la revisión jurisdiccional de un acuerdo de adjudicación del contrato, y conforme los artículos 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículos 1 y 2 Ley de Defensa de la Competencia, excluyan a un licitador cuando aprecien que se han infringido estos artículos por las características de la oferta.

En su recurso de casación las empresas recurrentes sostienen respecto a las mencionadas cuestiones de interés jurisprudencial que la no impugnación previa de los pliegos del contrato no puede impedir constatar una infracción del derecho de la competencia; que en caso de indicios de una conducta contraria al derecho de la competencia el órgano de contratación está obligado a incoar un procedimiento contradictorio; y que los tribunales tienen la obligación de aplicar el derecho de la competencia en un proceso de licitación, con la consecuencia de excluir a un competidor que lo haya infringido.

La Generalidad Valenciana insta la desestimación del recurso, respecto al que considera que carece de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida rechaza las alegaciones primera, tercera y cuarta y, en lo que al presente recurso de casación atañe, funda la desestimación de la alegación segunda del recurso contencioso-administrativa en los siguientes razonamientos:

" SEGUNDO.- Se han planteado los siguientes motivos de impugnación:

[...]

II.- Plantea la recurrente nulidad de la oferta presentada por UTE VALENCIA 16 al ser en sí misma un pacto colusorio contrario a la libre competencia por abuso de posición dominante ante la existencia de indicios de un cartel de transportistas contrario al Derecho de competencia.

Considera que las 74 empresas que componíanla UTE (mas del 80% de la oferta) no necesitaban acudir en una UTE a cada lote. De hecho en los lotes V1 y V3 solo concurrieron 9 y 11 empresas de las 74 de la UTE, puesto que 63 empresas de la UTE no tenían interés por el lote V1 y 65 no tenían interés en el lote V3 no tenían por que acudir en UTE con las otras empresas que si ofrecieron autobuses, máxime si se tiene en cuenta que solo se requerían 44 autobuses para el lote V1 y 22 en el lote V3

Esta Sala y sección ya se ha pronunciado en la sentencia n.º 911/2020 de 4 de noviembre (POR 295/17) siendo objeto de recurso la Resolución de 8 de junio de 2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, desestimatoria del recurso especial contra la Resolución de 22 de marzo de 2017 de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalidad Valenciana, de adjudicación del "Contrato de servicio de transporte escolar de centros docentes públicos de la Comunidad Valenciana", en relacion con los lotes A4, A8 y A12, en los siguientes terminos:

"(...)En primer lugar, respecto a la posibilidad de las UTEs de participar en este tipo de concursos, regidos no sólo por la normativa contractual sino también por la sectorial de trasportes, debemos señalar, en términos expuestos en la oposición al recurso que el recurrente no formuló recurso contra los Pliegos en su día, estando contenida esta previsión en la Cláusula 8-2-1-3 de los mismos, ("cuando dos o más empresas concurren conjuntamente cada una de ellas debe acreditar su personalidad y capacidad de obrar y presentará escrito firmado por todas las empresas, comprometiéndose de forma expresa a constituir se formalmente en Unión Temporal en caso de resultar adjudicatarios, y en el que deberán indicarse los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriben, la participación de cada uno de ellos en la futura unión temporal y designación de la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ostentará la plena representación de todos ellos frente a la Administración") razón por la que han adquirido firmeza, tanto más cuanto su participación implica la aceptación de los mismos y, por tanto, la imposibilidad de impugnación posterior, según establece el artículo 145.1 del TRLCSP *"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna."*

Efectivamente la clausula 8.º.2.3 del Pliego establece:

"Union Temporal de Empresas. Cuando dos o mas personas concurren conjuntamente cada una de ellas debe acreditar su personalidad y capacidad de obrar y se presentara escrito firmado por todas las empresas, comprometiéndose de forma expresa a constituirse formalmente en Union temporal en caso de resultar adjudicatarios y en el que deberán indicarse los nombre y circunstancias de los empresarios que las suscriban, la participación de cada uno de ellos en la futura Union Temporal y designación de la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ostentara la plena representación de todos ellos frente a la Administración (Anexo

Todas las empresas que integren la unión temporal responderán solidariamente frente a la Administración del cumplimiento del contrato".

Y al respecto del clausulado del Pliego, como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación ("pacta sunt servanda", SsTS de 06/2/2001, 19/3/2001, 29/9/2009 28/1/2015 y 23/3/2018) si bien tienen que ser debidamente interpretadas para no vulnerar su contenido. Y en este sentido el artículo 145.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 dispone que *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna"*.

La licitadora concurrió a la licitación solicitando su participación en los lotes V1 y V3, aceptando la totalidad de condiciones y requisitos exigidos y quedando constancia de su declaración de acatamiento a los Pliegos firmada (anexo X) si efectuar alegación alguna durante el plazo de licitación debiendo rechazarse el motivo de impugnación."

TERCERO.- Sobre la alegación relativa a la infracción del derecho de la competencia.

Del fundamento que se ha transcrito se comprueba que la Sala de instancia no abordó la cuestión planteada en el segundo motivo del recurso, esto es, en la alegada existencia de indicios de infracción del derecho de la competencia. La respuesta, basada en un precedente de la propia Sala, va dirigida exclusivamente a una cuestión distinta, la de que en los pliegos de condiciones estaba prevista la posibilidad de que concurrieran UTEs a la licitación y que tal posibilidad no había sido combatida. Pero es evidente que no era esa la cuestión, sino la de si la UTE que resultó adjudicataria (UTE Valencia 16) era fraudulenta y su propia configuración y oferta suponían un pacto colusorio contrario al derecho de la competencia.

Por esa razón es claro que la no impugnación de los pliegos no impedía formular ante la Sala de instancia la cuestión de si una concreta UTE constituía un fraude anticompetitivo, porque no se trataba de si las UTEs debían o no ser aceptadas en ese concreto concurso, que es lo único que podrían las recurrentes haber impugnado en los pliegos, sino si una concreta UTE y su oferta presentada al amparo de tal posibilidad constituían un fraude al derecho de la competencia.

El examen y contestación de dicha alegación hubiera requerido un examen de los indicios aportados por la parte y una respuesta sobre el carácter fraudulento desde el punto de vista de la competencia que se le imputaba a la UTE Valencia 16. En la medida en que dicha valoración supone un examen de los indicios fácticos aportados por la empresa recurrente sobre los que nada ha dicho la sentencia recurrida, procede retrotraer las actuaciones para que la Sala de instancia examine y se pronuncie sobre tales hechos, que resulta inadecuado examinar y valorar en primera instancia en esta sede.

CUARTO.- Sobre las preguntas de interés casacional.

A tenor de lo expuesto en el anterior fundamento de derecho hemos de responder a la primera pregunta de interés casacional en el sentido de que la no impugnación de los pliegos que rigen una contratación pública en los que se admite la concurrencia de UTEs no impiden constatar al órgano de contratación ni luego, en su caso, a los órganos jurisdiccionales, la existencia de una infracción del derecho de la competencia con fundamento en las características particulares de la composición y ofertas de una concreta UTE.

En lo que respecta a las otras dos preguntas de interés casacional y a tenor de las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, resulta prematuro el pronunciamiento de esta Sala, en la medida en que dichas cuestiones no han sido objeto de análisis dada la retroacción de actuaciones que se acuerda.

QUINTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, ha lugar al recurso de casación y casamos y anulamos la sentencia impugnada en lo que respecta al fundamento de derecho segundo II, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Sala se pronuncie también sobre dicha alegación de conformidad con las consideraciones expuestas en el fundamento tercero de esta sentencia.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.4 no procede la imposición de costas en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por Autocares Capaz, S.L. y la UTE Valtrans contra la sentencia de 26 de enero de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso-administrativo 303/2017.
2. Anular el fundamento de derecho segundo.II de la sentencia objeto de recurso.
3. Retrotraer las actuaciones del citado recurso contencioso-administrativo al momento anterior a dictar sentencia, a fin de que la Sala del Tribunal Superior de Justicia dicte una nueva sentencia conforme a lo acordado en el fundamento de derecho quinto.
4. No imponer las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.